

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

AUDIENCIA INICIAL

Manizales, Octubre 22 de 2013

Siendo las nueve (9:00) de la mañana, **EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, declara abierta la audiencia inicial, consagrada en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dirige esta audiencia el suscrito juez **JAIRO ALEJANDRO GIRALDO PATIÑO**.

Se procede a la verificación de la asistencia de las partes

INTERVINIENTES

Al iniciarse la audiencia se encuentran presentes:

Abogada de la parte demandante. **Dra. DINA ROSA LÓPEZ SÁNCHEZ**

Abogado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **Dr. YENNY TATIANA HURTADO TORO** quien presenta sustitución de poder otorgado por el **Dr. HÉCTOR OCTAVIO RUEDA BARRIOS**. El Despacho le reconoce personería para actuar en los términos y para los fines del poder a ella conferido.

Abogado del Municipio de Manizales. **Dr. GILBERTO ANTONIO RÍOS SÁNCHEZ**

El Despacho deja constancia que la señora delegada del ministerio público **Dra. LUZ ADRIANA GOMEZ OCAMPO**, no asistió a la presente diligencia.

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE

<i>Demandante</i>	: IRMA DUQUE GRISALES
<i>Demandado</i>	: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Manizales
<i>Radicación</i>	: 2012-00125

TEMA CENTRAL

Se demanda la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación del último año de servicios indexado al año en que consolido su estatus pensional.

1) SANEAMIENTO DEL PROCESO (art. 180-5 CPACA)

En el presente caso se cumple los presupuestos procesales ya que el Juzgado es competente, existe demanda en forma, se han cumplido en debida forma las etapas procesales y las partes han actuado con capacidad procesal para intervenir en el proceso.

No se observa impedimento o causal alguna de nulidad que afecte la validez, la eficacia procesal y el debido proceso, razón por la que se procede a estudiar lo que en derecho corresponda.

Se le concede el uso de la palabra a las partes y al Ministerio Público para que manifiesten si observan algún vicio o causal de nulidad.

Parte Demandante: No observa vicios y causales de nulidad.

Parte Demandada Ministerio de Educación: El Ministerio no encuentra causales de nulidad.

Parte Demandada Municipio de Manizales: No observa vicios.

2. EXCEPCIONES PREVIAS (ART. 180-6 CPACA)

La parte demandada **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y el **Municipio de Manizales**, no presentaron excepciones previas, por tanto, no hay pronunciamiento al respecto.

Respecto de la excepción denominada “**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**” y “**PRESCRIPCION**” planteadas por la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y Falta de legitimación en causa por pasiva, planteada por el Municipio de Manizales, dado su carácter de mixtas, se resolverán en la sentencia.

Esta decisión queda notificada en estrados. Control de legalidad artículo 207 del CPACA.

3. FIJACIÓN DEL LITIGIO (art. 180-7 CPACA)

De conformidad con la demanda y las contestaciones por parte del Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el Municipio de Manizales, en el proceso con Radicado **2012-00125**, el Despacho presenta el siguiente resumen de las pretensiones:

1. Que se declare la nulidad absoluta de la **Resolución No. 01-449 del 16 de julio de 2012**, suscrita por el Secretario de Educación del Municipio de Manizales, Dra. **MARÍA ARACELI LÓPEZ GIL**, por medio del cual niega el ajuste de la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Se condene a la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ADSCRITO A LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL – MUNICIPIO DE MANIZALES**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL**.
3. A título de restablecimiento del derecho las entidades demandadas sean condenadas a **ACTUALIZAR** el salario promedio devengado por la demandante durante el último año de servicios, hasta el momento en que empezó a disfrutar de la Pensión Ordinaria de Jubilación, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

4. Que como consecuencia de lo anterior **PROCEDAN** a reliquidar, reconocer y pagar las mesadas subsiguientes a favor de la demandante tomando como base el valor inicial de la primera mesada pensional debidamente indexada.
5. Que las sumas por las cuales se condene a las entidades demandadas sean debidamente **INDEXADAS**.

Se indaga a las partes si están de acuerdo con el resumen de las pretensiones para el proceso objeto de esta audiencia inicial.

Parte demandante: Conforme.

Parte demandada FNPSM: Conforme.

Ministerio Público: No tiene nada para decir

Hechos relevantes que se aceptan por las partes, o que no son controvertidos:

Se deja constancia por parte del Despacho, que la Nación Ministerio de Educación, ha manifestado frente a los 1,2,3,4,5, 7 y 8 que son ciertos, manifiesta que el hecho 6 es parcialmente **cierto**.

Hecho 1: La señora IRMA DUQUE GRISALES fue pensionada por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, mediante **Resolución No. 000035 del 02 de FEBRERO de 2009**, cuya mesada mensual se fijó en cuantía de **\$1.524.016** efectiva a partir del **08 de junio de 2008**.

Hecho 2: La docente en mención, contó con la calidad de docente nacionalizado, con nombramiento en propiedad, desde el **15 de marzo de 1973** hasta el **31 de agosto de 2005**, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia, mediante **Decreto 764 del 18 de agosto de 2005**.

Hecho 3: La señora IRMA DUQUE GRISALES nació el **05 de agosto de 1953**, adquiriendo el status de jubilada, el **05 de agosto de 2008**, al cumplir los 55 años de edad, fecha en la que se encontraba afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Hecho 5: En fecha **11 de julio de 2011**, se solicitó a las entidades mencionadas la actualización e indexación de la primera mesada pensional.

Hecho 6: Mediante **Resolución No. 01-449 del 16 de Julio de 2012**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Municipal negó el ajuste de la pensión.

Se indaga a la parte accionante para ambos casos sobre si está de acuerdo con el señalamiento de los hechos y pretensiones.

Parte Demandante: Está de acuerdo.

Parte Demandada Ministerio de Educación: El Ministerio está de acuerdo con lo narrado por el Despacho sin embargo aclara que respecto del hecho sexto se manifestó que el ordenamiento jurídico no permite tales reliquidaciones.

Parte Demandada Municipio de Manizales: De acuerdo con lo expuesto por el Despacho.

DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES

Diferencias entre las partes.

La demandante sostiene que tiene derecho a que por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se le indexe la primera mesada pensional, teniendo en cuenta el promedio devengado por la señora Duque Grisales durante el último año de servicios hasta el momento en que empezó a disfrutar de su pensión, teniendo como base el Índice de Precios al Consumidor.

El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, afirma que la solicitud fue negada de manera acertada toda vez que la demandante cumplió el status de pensionado en vigencia de la Ley 33 de 1985, que el docente se retiró del servicio antes de cumplir la edad para pensionarse de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 y la Ley 238 de 1995, la pensión de jubilación se liquida con base en el salario devengado en el año de estatus o el último año laborado, teniendo en cuenta que la demandante en la fecha del estatus pensional ya se encontraba en retiro del servicio de modo que la pensión de jubilación se liquidó con base en el salario devengado durante el último año de servicio conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Por su parte el Municipio de Manizales, aduce que los actos administrativos fueron expedidos según los parámetros establecidos por la FIDUPREVISORA, la gestión de la Secretaría de Educación, es la radicación de la solicitud, la elaboración del proyecto y la posterior suscripción del acto administrativo, conforme la aprobación dada por la sociedad Fiduciaria, se traduce en la prestación descentralizada de los servicios a cargo del Fondo.

Parte Demandante: Está de acuerdo.

Parte Demandada Ministerio de Educación: El Ministerio está de acuerdo.

Parte Demandada Municipio de Manizales: De acuerdo.

Para la fijación del litigio se formula el siguiente problema jurídico:

¿Le asiste derecho a la demandante al reajuste de la pensión de jubilación siendo viable la indexación de la primera mesada pensional conforme al IPC, actualizando el salario promedio devengado durante el último año de servicios hasta el momento en que empezó a disfrutar del derecho?

Concluida entonces la fijación del litigio procede a continuarse con la siguiente etapa.

CONCILIACIÓN (art. 180-8 CPACA)

Procede el suscrito juez a invitar a las partes para que lleguen a un acuerdo de conciliación, para tal efecto, se indaga al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, y al Municipio de Manizales – Secretaria de Educación, si tiene autorización del Comité de Conciliación para proponer formula conciliatoria.

El Despacho da por concluida la oportunidad por no encontrar ánimo conciliatorio.

La parte demandada FNPSM: No le asiste ánimo para conciliar.

Se ordena agregar a los expedientes las certificaciones suscritas por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, donde se decide no proponer fórmula de arreglo conciliatorio para ambos procesos.

La parte demandada Municipio de Manizales: No le asiste ánimo conciliatorio.

Se ordena incorporar a los expedientes las copias de las constancias suscritas por el Comité de Conciliación del Departamento de Caldas, donde se decide no proponer fórmula de arreglo conciliatorio para ambos casos.

Parte demandante: Ratifica las pretensiones de los hechos y pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no les asiste ánimo conciliatorio.

MEDIDAS CAUTELARES (art. 180-9)

El Despacho constata que no existe petición de medidas cautelares pendientes, por tanto, no hay pronunciamiento alguno al respecto.

Concluida esta etapa se pasa a la siguiente.

DECRETO DE PRUEBAS (art. 180-10)

De conformidad con el numeral 10 del Artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ABRE EL PROCESO A PRUEBAS.

I. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE:

DOCUMENTAL:

Hasta donde la Ley lo permita ténganse como prueba documental la aportada con la demanda, y que obra de folios 2 a 20 de la actuación. A cada uno de estos documentos se les dará el valor probatorio que amerite en su oportunidad legal.

La parte demandante no hizo solicitud especial de pruebas.

II. PRUEBAS PARTE DEMANDADA MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

DOCUMENTAL:

Hasta donde la ley lo permita téngase como prueba documental la aportada con la contestación de la demanda y que obra a folios 52 y 53 de la actuación, a cada uno de ellos se le dará el valor probatorio que amerite en su oportunidad legal.

No se decreta la prueba solicitada por la entidad accionada, en el entendido de oficiar a la Fiduprevisora, para que alleguen certificación en la que se indique sobre cuáles factores salariales se efectuó la liquidación para la respectiva pensión, por cuanto El artículo 175 del CPACA que regula la contestación de la demanda, en el ordinal 4º precisa lo siguiente: “[...] *En todo caso, el demandado deberá aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso* [...]”.

Por lo tanto la demandada tenía la facultad y posibilidad de acceder a la documentación solicitada, la cual debió aportarse con el escrito de contestación de la demanda.

De otra parte, la misma resulta innecesaria, habida cuenta que dentro del plenario se encuentran documentos que soportan lo pretendido por el apoderado del Ministerio de Educación Nacional, esto es, la resolución N° 000035 de febrero 2 de 2009 /Fls. 2 y 3 c1 en la que se indica cuales fueron aquellos factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de las docentes, como también se encuentran los certificados de historia laboral (fls. 10 y ss).

Con respecto a la solicitud del expediente de actuación administrativa, el Despacho la considera innecesaria habida cuenta que el mismo ya obra en la actuación y es contentivo del cuaderno número 2., al cual se le dará el valor probatorio que amerite en su oportunidad legal.

III. PRUEBAS PEDIDA POR LA PARTE DEMANDADA MUNICIPIO DE MANIZALES:

DOCUMENTAL:

Hasta donde la ley lo permita téngase como prueba documental la aportada con la contestación de la demanda y que obra de folios 66 a 72, a cada uno de ellos se le dará el valor probatorio que amerite en su oportunidad legal

La parte demandante no hizo solicitud especial de pruebas.

Por su pronunciamiento oral, esta decisión queda notificada en estrados. JAIRO ALEJANDRO GIRALDO PATIÑO-JUEZ-

En aplicación de lo establecido en el inciso final del Artículo 179 en concordancia con el 189 del C.P.A.C.A., es posible dictar sentencia oral en la presente audiencia. Previamente se dará la oportunidad a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Respecto de los casos que nos ocupan se reiteran las pretensiones y los argumentos esbozados en la demanda, indicando que con los actos administrativos que se demandan, vulneran el artículo 8º de la ley 153 de 1887 y el artículo 19 del C.S.T., teniendo en cuenta lo descrito por estas normas, la indexación de la primera mesada que se pretende por la demandante por haberse retirado del servicio antes de cumplir el status, la jurisprudencia del ámbito Nacional y de nuestro máximo Tribunal Administrativo, ha unificado criterios sobre el tema, que ha indicado que definitivamente con el objeto de paliar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, en estos casos se debe siempre indexar esa primera mesada pensional, como mecanismo para enfrentar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta la abundante jurisprudencia que existe, se considera que son plenamente viables las pretensiones, rogando sean despachadas favorablemente.

Parte demandada Nación- Ministerio de Educación- FNPSM: argumenta la apoderada que se ratifica en lo argumentado en la contestación de la demanda, y aclara que no obstante la resolución demandada no fuera expedida por la entidad representada, haciendo énfasis en que la encargada de la expedición de las resoluciones es la respectiva entidad territorial, manifiesta que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a todas luces reconoció la prestación con base en el ordenamiento jurídico existente, no solo en la actualidad sino además cuando la docente decidió unilateralmente ponerle fin al vínculo de la prestación del servicio, mediante la renuncia presentada ante la entidad territorial y la cual fue aceptada el 23 de julio de 2002; en ese orden de ideas considera que es claro y discutible que la prestación se realizó con el ordenamiento jurídico existente, es decir de manera legal, teniendo en cuenta los factores autorizados por normas de orden constitucional, legal y reglamentario, que finalmente y de acuerdo a la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1848 de 1969 aún vigente y la Ley 238 de 1995, las cuales son claras en expresar

que la pensión de jubilación se liquida con base en el salario devengado durante el último año de servicios, esto es en el año 2002, pues la renuncia de la demandante implicó que cesara las funciones como docente, separándola del servicio, sin que por este hecho perdiera los derechos adquiridos conforme lo disponen los artículos 68 y 69 del Decreto 2777 de 1979, por lo que no le asiste razón a la demandante de la reclamación pretendida.

Alegatos parte demandada Municipio Manizales: Reiteró la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, en virtud del artículo 3 de la Ley 91 de 1989, así mismo señaló que el Municipio actuó conforme a la Ley y debe tenerse en cuenta que en el proceso obra la hoja de revisión por parte de la Fiduprevisora donde avaló la prestación.

Surtido el traslado a cada uno de los sujetos procesales y al Ministerio público se ordena un receso antes de proceder a dictar sentencia oral.

Transcurridos veinte (20) minutos se retoma la audiencia.

SENTENCIA ORAL

Demandante : IRMA DUQUE GRISALES
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Manizales
Radicación : 2012-00125
Sentencia N°. : 201

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, Octubre 22 de 2013

ASUNTO

Se demanda la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación del último año de servicios indexado al año en que consolidó su estatus pensional.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La señora IRMA DUQUE GRISALES, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.362.696, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el juzgado mediante auto del **12 de octubre de 2012**, admitió la demanda.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad absoluta de la **Resolución No. 01-449 del 16 de julio de 2012**, suscrita por el Secretario de Educación del Municipio de Manizales, Dra. MARÍA ARACELI LÓPEZ GIL, por medio del cual niega el ajuste de la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Se condene a la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ADSCRITO A LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL – MUNICIPIO DE MANIZALES**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL**.
3. A título de restablecimiento del derecho las entidades demandadas sean condenadas a **ACTUALIZAR** el salario promedio devengado por la demandante durante el último año de servicios, hasta el momento en que empezó a disfrutar de la Pensión Ordinaria de Jubilación, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

4. Que como consecuencia de lo anterior **PROCEDAN** a reliquidar, reconocer y pagar las mesadas subsiguientes a favor de la demandante tomando como base el valor inicial de la primera mesada pensional debidamente indexada.

Que las sumas por las cuales se condene a las entidades demandadas sean debidamente **INDEXADAS**.

HECHOS RELEVANTES

Hecho 1: La señora IRMA DUQUE GRISALES fue pensionada por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, mediante **Resolución No. 000035 del 02 de FEBRERO de 2009**, cuya mesada mensual se fijó en cuantía de **\$1.524.016** efectiva a partir del **08 de junio de 2008**.

Hecho 2: La docente en mención, contó con la calidad de docente nacionalizado, con nombramiento en propiedad, desde el **15 de marzo de 1973** hasta el **31 de agosto de 2005**, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia, mediante **Decreto 764 del 18 de agosto de 2005**.

Hecho 3: La señora IRMA DUQUE GRISALES nació el **05 de agosto de 1953**, adquiriendo el status de jubilada, el **05 de agosto de 2008**, al cumplir los 55 años de edad, fecha en la que se encontraba afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Hecho 5: En fecha **11 de julio de 2011**, se solicitó a las entidades mencionadas la actualización e indexación de la primera mesada pensional.

Hecho 6: Mediante **Resolución No. 01-449 del 16 de Julio de 2012**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Municipal negó el ajuste de la pensión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

- Artículo 8 de la Ley 153 de 1887: Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

-Artículo 19 Código Sustantivo del Trabajo: Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

Frente a las mencionadas normas, manifiesta que el acto administrativo demandado desconoce toda la jurisprudencia constitucional y laboral, que ha establecido la obligación para los entes administrativos que reconocen pensiones, de indexar la primera mesada pensional, obligación que ha sido incumplida por la demandada al negar el ajuste a la mesada pensional.

Aduce que el acto administrativo al violar las normas antes descritas, también desconoce las normas de derecho social, al tenor del artículo 1º del CST, las mismas que se deben aplicar con un criterio de coordinación económica y equilibrio social no solo en el campo del derecho laboral, pues adicional a ello son aplicables en el derecho laboral administrativo, por lo que se impone, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que “el hecho notorio”

de la inflación terminaría perjudicando, inequitativamente, a una de las partes de la relación contractual.

Como fundamentos de Derecho, cita los artículos 29 de la Constitución Política- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; artículo 53 – Principios fundamentales del Estatuto de Trabajo: Igualdad de oportunidad para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación mas favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El artículo 85 del C.C.A., que consagra la acción de nulidad de los actos administrativos cuando se encuentren en alguna de las causales establecidas en éste y restablecimiento del derecho conculcado por dicho acto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Se deja constancia por parte del Despacho, que la Nación Ministerio de Educación, ha manifestado frente a los 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8 que son ciertos, manifiesta que el hecho 6 es parcialmente **cierto**.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

1. Falta de legitimidad por pasiva: la que hace consistir en el hecho que la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no fue la entidad que expidió el acto demandado, y el mismo no contiene la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio.

2. Prescripción: En la que indicó que aunque la acción de nulidad y Restablecimiento del derecho contra actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas puede intentarse en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que la prescripción opera frente al hecho de reclamar mesadas no pagadas o reajuste de las mismas por estar sometidas al término de prescripción de tres (03) años.

3. Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley: la que fundamentó en que el Ministerio efectuó el reconocimiento de la prestación con base en el ordenamiento jurídico existente y por tanto el monto de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta los factores autorizados de conformidad con las normas de orden constitucional.

Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, la que hizo consistir en el hecho que el artículo 3 del Decreto 2831 del 26 de agosto de 2005, establece que las Secretarías de Educación Municipales, se circunscriben a elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, conforme a los parámetros establecidos por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio y la norma aplicable, pero el reconocimiento está supeditado a la aprobación la sociedad fiduciaria encargada del manejo de recursos del Fondo.

Expone que la gestión que adelanta la Secretaría de Educación, se traduce en la prestación descentralizada de los servicios a cargo del Fondo, conforme se estipula en la parte final del artículo 3° de la Ley 91 de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante: Respecto de los casos que nos ocupan se reiteran las pretensiones y los argumentos esbozados en la demanda, indicando que con los actos administrativos que se demandan, vulneran el artículo 8° de la ley 153 de 1887 y el artículo 19 del C.S.T., teniendo en cuenta lo descrito por estas normas, la indexación de la primera mesada que se pretende por la demandante por haberse retirado del servicio antes de cumplir el status, la jurisprudencia del ámbito Nacional y de nuestro máximo Tribunal Administrativo, ha unificado criterios sobre el tema, que ha indicado que definitivamente con el objeto de paliar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, en estos casos se debe siempre indexar esa primera mesada pensional, como mecanismo para enfrentar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta la abundante jurisprudencia que existe, se considera que son plenamente viables las pretensiones, rogando sean despachadas favorablemente.

Parte demandada Nación- Ministerio de Educación- FNPSM: argumenta la apoderada que se ratifica en lo argumentado en la contestación de la demanda, y aclara que no obstante la resolución demandada no fuera expedida por la entidad representada, haciendo énfasis en que la encargada de la expedición de las resoluciones es la respectiva entidad territorial, manifiesta que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a todas luces reconoció la prestación con base en el ordenamiento jurídico existente, no solo en la actualidad sino además cuando la docente decidió unilateralmente ponerle fin al vínculo de la prestación del servicio, mediante la renuncia presentada ante la entidad territorial y la cual fue aceptada el 23 de julio de 2002; en ese orden de ideas considera que es claro y discutible que la prestación se realizó con el ordenamiento jurídico existente, es decir de manera legal, teniendo en cuenta los factores autorizados por normas de orden constitucional, legal y reglamentario, que finalmente y de acuerdo a la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1848 de 1969 aún vigente y la Ley 238 de 1995, las cuales son claras en expresar que la pensión de jubilación se liquida con base en el salario devengado durante el último año de servicios, esto es en el año 2002, pues la renuncia de la demandante implicó que cesara las funciones como docente, separándola del servicio, sin que por este hecho perdiera los derechos adquiridos conforme lo disponen los artículos 68 y 69 del Decreto 2777 de 1979, por lo que no le asiste razón a la demandante de la reclamación pretendida.

Alegatos parte demandada Municipio Manizales: Reiteró la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, en virtud del artículo 3 del la Ley 91 de 19989, así mismo señaló que el Municipio actuó conforme a la Ley y debe tenerse en cuenta que en el proceso obra la hoja de revisión por parte de la Fiduprevisora donde avaló la prestación.

CONSIDERACIONES

A. Cuestión Previa

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece la obligación de los jueces de dictar las sentencias en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al Despacho para tal fin, sin que dicho orden puede alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse, entre otros casos, en atención a la naturaleza de los asuntos.

Y es lo que sucede en este caso, en que se pretende la indexación de la primera mesada pensional reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, tema que ya ha sido tratado por el Despacho en múltiples oportunidades, y que se encuentra íntimamente relacionado con un asunto de carácter pensional.

Adicionalmente con la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010, “por el cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, en el artículo 115¹, se facultó a las distintas autoridades judiciales, para proferir sentencia alterando el turno de ingreso a Despacho para fallo, cuando existan antecedentes jurisprudenciales sobre casos similares al asunto materia de debate por esta Jurisdicción Contencioso Administrativa, en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a los asuntos que aquí se discuten.

B. Problema y análisis jurídico

Se debe establecer si a la actora le asiste el derecho al reajuste de la pensión de jubilación siendo viable la indexación de la primera mesada pensional conforme al IPC, actualizando el salario promedio devengado durante el último año de servicios hasta el momento en que empezó a disfrutar del derecho.

C. Excepciones propuestas

Antes de introducirse en la decisión de fondo, es preciso manifestarse sobre la excepción denominada “**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**” y planteada por la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Se tiene que:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989, estableciéndose en sus artículos 3 y 9 lo siguiente:

“Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

¹ ARTICULO 115. Facúltase a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

“Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales”.

De otra parte la Ley 962 de 2005 en su artículo 56, en cuanto a la racionalización de los trámites efectuados ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso:

“Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Posteriormente el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005, el cual derogó expresamente en su artículo 10 el Decreto 1775 de 1990, prescribió en sus artículos 2 y 3 lo siguiente:

“ARTÍCULO 2º. RADICACIÓN DE SOLICITUDES. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite”.

“ARTÍCULO 3º. GESTIÓN A CARGO DE LAS SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

PARÁGRAFO 1o. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo”.

De la normatividad aquí referida se concluye, de un lado, que las prestaciones sociales atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación, y de otro lado, que el trámite para la atención de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales que paga dicho fondo, se efectúan actualmente por intermedio de las Secretarías de Educación de la entidades territoriales certificadas, o de las dependencias que hagan sus veces.

En este orden de ideas, no encuentra razones el despacho para declarar probada la excepción propuesta.

En cuanto a la excepción de **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”** formulada por la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará conjuntamente con el fondo del asunto, dada su estrecha relación con el mismo.

*Respecto de la excepción de **PRESCRIPCION** planteada también por la parte demandada Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se estudiará en caso de que sea procedente el reconocimiento del derecho reclamado.*

De otra parte, el Municipio de Manizales, propuso como medio exceptivo entre otros la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.

Para esta Agencia Judicial, la excepción prosperará, por las siguientes razones:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales pagadas por el Fondo, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989), se enmarca en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes y en virtud de lo dispuesto por el art. 56 de la Ley 962 de 2005, y de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 2005, el ente territorial dentro de ese procedimiento, únicamente expide el acto de reconocimiento de las prestaciones sociales en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto por el citado art. 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales de los docentes, las pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El H. Consejo de Estado, en Sala de Consulta y Servicio Civil, consideró que “...*En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional....*”²

Del contenido de los arts. 6 y 7 de la ley 715 de 2001, no encuentra el Despacho que a las entidades territoriales se les haya asignado la de pagar la prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Se reitera, fue la Ley 91 de 1989, en su art. 9, la que dispuso que tal pago se haría a través del Fondo y su reconocimiento a través del Ministerio de Educación Nacional.

Las razones anteriormente bosquejadas, llevan a concluir que en este asunto la entidad que debe responder por el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, es el Ministerio más no la entidad territorial, por lo tanto se declarará probada la excepción de Falta de Legitimación por pasiva propuesta por el Departamento de Caldas, se declarará terminado el proceso frente al ente territorial vinculado, y se ordenará continuar el proceso en contra de la Nación Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para abordar el asunto de fondo procede el Despacho a efectuar el siguiente análisis jurídico:

En virtud del proceso de implementación de la nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Cesar Hoyos Salazar, Sentencia de 23 de mayo de 2002, Radicación número: 1423.

Magisterio con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, señalándose igualmente cómo la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente. En el tema de pensiones, la referida ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión, también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. A propósito en el artículo 15 ibídem, estableció lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

...

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional...”.

De acuerdo con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o los que se expidan en el futuro; por su parte, los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial. Y en lo relacionado con el régimen de pensiones, se les aplica el régimen vigente, regulado de manera general y ordinaria para los empleados del sector oficial.

A la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, el régimen pensional vigente y que regulaba de manera general y ordinaria a los empleados del sector oficial es el consagrado en la ley 33 de 1985 y sus modificaciones. Esta norma – Ley 33 de 1985 – establece en el artículo 1°, lo siguiente:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la

edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”

Por su parte el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 previó:

“RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”

Se desprende de lo afirmado en los hechos de la demanda, que la demandante se retiró del servicio el **31 de agosto de 2005**, que la misma nació el **05 de agosto de 1953**, Ahora bien de la documentación obrante en el expediente concretamente de la **Resolución No. 000035 de febrero 2 de 2009** (fls. 2 y 3 Cdo 1), se logra determinar que en efecto le fue reconocida la pensión de jubilación a la demandante adquiriendo dicho status jurídico a partir del **06 de agosto de 2008**.

El salario devengado por la señora IRMA DUQUE GRISALES para el año **2005** necesariamente había perdido poder adquisitivo para el año **2008**, razón por la cual la primera mesada pensional debía ser indexada, de lo contrario se estarían perjudicando claramente los intereses de la pensionada, pues una docente que como se dijo devengaba un determinado salario, no puede tres años después obtener su pensión de jubilación correspondiente a un 75% con base en esa misma suma.

Se tiene entonces que la entidad demandada, deberá indexar el valor de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación obtenida por la señora DUQUE GRISALES, como se ordenará en la presente providencia y ello porque en punto de la indexación de las mesadas de los empleados públicos pensionados en vigencia de la Ley 33 de 1985, como es el caso, también existe pronunciamiento del H. Consejo de Estado, que nos ofrece plena claridad al respecto:

“Esclarecido lo anterior, la Sala analizará el posible derecho que le asiste al demandante, consistente en la reliquidación de la pensión de jubilación actualizando el valor del ingreso que sirvió de base para el reconocimiento de la prestación, con base

en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La parte demandada se opone al reajuste del valor sobre el ingreso que sirve de base en la liquidación de la pensión de vejez del actor, por cuanto le es aplicable lo dispuesto en la ley 33 de 1985, norma que es clara en determinar la forma como debe efectuarse la liquidación de la pensión y que no contempla el mecanismo de actualización de las sumas reconocidas por concepto de dicha prestación.

El inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 36.- (. .)

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.**

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, **actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificado que expida el DANE**”. (Negrillas del Despacho)

Como se observa, el nuevo Sistema de Seguridad Social adoptado mediante la Ley 100 de 1993, consagró un régimen de transición con el propósito de beneficiar a un sector de los trabajadores del Estado, en cuanto permite que obtengan el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen que se les haya venido aplicando en cada caso, siempre y cuando su situación se ajuste a los requisitos de tiempo de servicio o número de semanas cotizadas correspondiente a quince (15) o más años, así como al de la edad, que deberá ser de 35 años para el caso de la mujeres y de 40 años cumplidos en los hombres, al momento de entrar en vigencia la nueva normatividad.

Igualmente, favorece a quienes sin haber cumplido los requisitos de la pensión continúen prestando sus servicios en el sector público, en cuyo evento el cálculo del ingreso base para liquidar la prestación jubilatoria se hará con base en el promedio de lo devengado durante el tiempo que les resta para adquirir el derecho, siempre que este lapso no sea superior a diez años, actualizado anualmente con base en la variación del IPC conforme al respectivo certificado expedido por el DANE.

En estos casos la indexación sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país, a la vez que se aviene con la esencia del beneficio previsto en el régimen de transición, en virtud del cual se logran condiciones de favorabilidad para satisfacer las necesidades básicas de quienes abandonan el mercado laboral por razón de su edad.

En el asunto bajo examen está demostrado que para la época del retiro del servicio (11 de abril de 1977. fl.6) el demandante ya acreditaba el tiempo de servicio necesario para obtener la pensión de vejez de acuerdo con el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, respetando las condiciones señaladas en

la Ley 33 de 1985, según se infiere de la Resolución 05306 de 1993. Sin embargo, la administración consideró que el actor no tenía derecho al reajuste de la prestación, por cuanto la norma en que se fundamentó -Ley 33 de 1985- no contemplaba la indexación del ingreso base de liquidación, entendiéndose así que no existía obligación dineraria alguna entre la fecha del retiro (1977) y la del reconocimiento pensional (1993).

A juicio de la Sala, el desequilibrio del derecho en perjuicio de los intereses del demandante, se produce por una contingencia legislativa que debe ser resuelta bajo los criterios de equidad e igualdad, previstos en el ordenamiento Constitucional como valores de la justicia que permiten la aplicación del derecho.

En efecto, una interpretación sistemática e histórica de las disposiciones aplicables al caso controvertido, permite inferir que la intención del Legislador tiende a privilegiar a las personas que han contribuido durante un largo período con su capacidad laboral a la realización de los fines esenciales del Estado y esperan, como justa retribución de su esfuerzo, el reconocimiento de un ingreso que les permita continuar viviendo en condiciones dignas.

Si el monto de los aportes que los trabajadores efectúan a favor del Sistema Pensional constituye el factor determinante del beneficio de la indexación, entonces resulta contradictorio aceptar que quien ha cumplido con este presupuesto se vea lesionado en el ajuste del valor de la prestación, por el solo hecho de encontrarse desvinculado para el momento en que alcanzó la edad de jubilación, mientras que, contrario sensu, quienes no han cumplido las exigencias legales para pensionarse y, por tanto, deben continuar vinculados en el sector público hasta adquirir el status correspondiente, sí puedan gozar de los reajustes previstos en el régimen de transición a fin de corregir la depreciación económica que sufre dicha prestación.

Es evidente que en la Ley 33 de 1985, aplicable en este caso por remisión tácita del artículo 36 de la Ley 100/93, no se previó el mecanismo de la indexación de las sumas reconocidas por concepto de prestaciones sociales y, por tanto, no hay sustento legal para que el INCORA deba acceder a la petición del actor.

No obstante, debe atenderse lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del referido artículo 36 ibídem, en cuanto señala que respecto de las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez se observarán las disposiciones contenidas en la presente Ley, o sea, la Ley 100 de 1993, ya que es allí precisamente donde surge la posibilidad de extender este beneficio a favor del actor en consideración a que se encuentran cumplidos los demás requisitos que sirven de presupuesto legal a la indexación como son, por un lado, el tiempo de servicio que implica haber cotizado los aportes legales durante el período de vinculación laboral, y por otro, la edad para acceder a la pensión.

Dentro de este contexto no resulta contrario al ordenamiento jurídico actualizar el valor del ingreso que sirvió para liquidar la pensión del demandante, con base en la variación del índice de precios al consumidor según lo certifique el DANE, pues si el trabajador ya cumplió su carga de aportes exigida en la ley, no hay razón, lógica ni jurídica, para negarle el derecho a la reliquidación de las sumas reconocidas por concepto de la pensión.

En este caso simplemente se hace extensiva la regulación contenida en la parte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93, así el señor Guerrero Triana no se encuentre desempeñando algún cargo en la administración pública ya que, como se advirtió anteriormente, el estar bajo el amparo del régimen de transición supone el

cumplimiento de las semanas cotizadas que dan lugar a la liquidación correspondiente y de este modo se mantiene el monto de la pensión de vejez”³.

Además esta tesis es confirmada por la Corte Constitucional haciendo énfasis en el derecho que le asiste a todos los pensionados, no importa bajo que modalidad, a la indexación de su primera mesada pensional:

“5. El derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional –o al salario base para la liquidación de la pensión de jubilación- y el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

*Ahora bien, tal reconocimiento legal no se trata de un mero acto de liberalidad del Legislador, pues la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente **un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional**. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en el artículo 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales.*

Así, por una parte, el artículo 48 constitucional contiene una clara previsión al respecto cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Este precepto, aunque por su indeterminación normativa tiene la típica estructura de principio, señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República y por lo tanto sirve de parámetro de control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia. El artículo en comento fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual introdujo el deber adicional en cabeza del Estado colombiano de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, sin embargo, este añadido no desvirtúa el mandato cuya realización incumbe al Legislador, de definir los medios para mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones, simplemente señala expresamente un factor que ha de ser ponderado por la ley, cuya importancia por otra parte ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás.

Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que “[e]l Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, a diferencia del enunciado normativo contenido en el artículo 48, del cual podría objetarse que tiene carácter programático al establecer un mandato constitucional de ejecución futura por el Legislador, la redacción del artículo 53 en comento señala claramente un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados y cuyo sujeto pasivo es el Estado colombiano al cual le corresponde garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales. Este precepto también tiene una estructura normativa propia de un principio, por lo tanto es un mandato de optimización cuya ejecución corresponde al Estado colombiano, el cual deberá satisfacerlo en la mayor medida posible de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas y ponderando los restantes derechos y bienes constitucionales en juego. Su configuración corresponde en primera medida al Legislador, el cual deberá precisar los instrumentos adecuados para garantizar la

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION “A”. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 76001-23-31-000-2002-01294-01(1923-08)

actualización periódica de las mesadas pensionales, labor en la cual cuenta con una significativa libertad.

Igualmente para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en derecho laboral, como el principio in dubio pro operario (art. 48 de la C.P.), mientras que otros son principios fundantes del Estado colombiano y tiene vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, tales como el principio de Estado social de derecho (Art. 1 constitucional), la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el derecho al mínimo vital.

En efecto, no sobra recordar, que en virtud del principio in dubio pro operario entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie, Entonces, como ha sostenido esta Corporación “[e]l sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos, y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen como fin último el equilibrio de las relaciones del trabajo, objetivo que comporta inclinar la relación en beneficio del estado de inferioridad económica del trabajador, por ser éste el que genera la injusticia que se pretende corregir”, por tal razón la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la normatividad vigente en materia laboral ha de ser interpretada en el sentido de reconocer un derecho al mantenimiento de la capacidad adquisitiva de las pensiones.

Por otra parte, cabe recordar brevemente que el surgimiento y consolidación del Estado social de derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social, de manera tal que la actualización periódica de las mesadas pensionales sería una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en materia de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional.

Adicionalmente, el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos –los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica dineraria permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas del mínimo vital, en esa medida se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital. Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional se ha referido de manera reiterada tanto en sede de tutela como de constitucionalidad sobre el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, y ha sostenido de manera reiterada que es un derecho de rango constitucional, que encuentra fundamento en los distintos preceptos constitucional a los cuales antes se hizo alusión, sobre este extremo resulta ilustradora la sentencia T-906 de 2005:

“También se ha dicho que la naturaleza del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones parte de la base de que el mismo es considerado como un derecho de rango constitucional. Esto en razón a que existen tres disposiciones constitucionales que lo sustentan: la primera contenida en el artículo 48, a saber: “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”, las dos restantes contenidas en el artículo 53, la primera: “la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales... ...la remuneración mínima vital y móvil...” y la segunda, que establece que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”

Así mismo, no olvida la Corte que en la definición de la naturaleza y particularidades del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, otras disposiciones constitucionales juegan también un papel definitivo. Es el caso de las contenidas en el preámbulo de la Carta, al mencionarse como propósito de la Constitución la de garantizar “un orden político, económico y social justo”, o la del artículo 1, que señala que la República esta fundada en “la solidaridad de las personas que la integran” o las del artículo 13 que incorpora la obligación para el Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” o incluso los propios principios con sujeción a los cuales se prestará el servicio público de seguridad social, definidos en el artículo 48: “eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Las anteriores consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, porque a juicio de esta Corporación éste no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada. Al respecto cabe destacar que las numerosas decisiones de tutela proferidas por esta Corporación en las cuales se ha ocupado de la indexación del salario base para liquidar la pensión

de jubilación se ha entendido que esta pretensión en concreto esta cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales”⁴.

Conforme a la normatividad y la jurisprudencia mencionada en precedencia fue que la demandante adquirió su pensión de jubilación, la cual se liquidó con el promedio de la asignación básica del último año de prestación del servicio, cuando debía indexarse la primera mesada con respecto al año en que adquirió el status de pensionada.

Por lo anterior, no prospera la excepción denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY**, formulada por la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se ha probado dentro del plenario que la parte demandante tiene derecho a que se indexe la primera mesada pensional, reajustándose el salario promedio devengado desde el momento en que comenzó a disfrutar la pensión ordinaria de jubilación

En ese sentido, se ordenará a la entidad demandada que procedan a indexar la primera mesada de la pensión de jubilación de la señora IRMA DUQUE GRISALES, con relación al momento en que adquirió su status de pensionada, es decir, el **06 de agosto de 2008**.

D. CONCLUSIÓN:

Debe afirmarse que la entidad accionada en este preciso caso no actuó conforme a derecho, ya que para resolver la solicitud de indexación de la primera mesada pensional de la actora debió aplicar las Leyes que rigen la materia y los conceptos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que se han emitido sobre el tema.

En consecuencia, la demandante tiene derecho a que se le indexe la primera mesada pensional, al valor que le correspondería para el año **2008**, por lo cual se declarará la nulidad del acto administrativo demandado.

A título de restablecimiento se ordenará la actualización de la primera mesada pensional, para la cual se aplicará la siguiente fórmula financiera acogida por el Consejo de Estado:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R es el valor presente y se determina multiplicando el valor histórico, RX, que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha en que adquirió el derecho pensional, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Así mismo se ordenará a las accionadas a emitir una nueva resolución, en la que liquiden los reajustes y los descuentos de ley, demás operaciones, y compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

⁴ Sentencia C- 862/06. Corte Constitucional. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

E. PRESCRIPCIÓN:

El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 señala:

“Art. 102.- Prescripción. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad ó empresas obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

De esta manera, al habersele reconocido y ordenado el pago de la pensión de jubilación a la parte actora por medio de **la Resolución No. 000035 de FEBRERO 2 de 2009**, efectiva a partir del **06 de agosto de 2008 (fls. 2 Y 3 C. 1)**, y al haber solicitado la indexación de la primera mesada el día **11 de julio de 2011** (fls. 15 y ss C.1), y en vista de que la pensión de jubilación le fue reconocida a la accionante el 2 de febrero de 2009, con efectos fiscales a partir del 6 de agosto de 2008, se ha de concluir que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de la prescripción.

F. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA:

La NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO cumplirá la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y ss del CPACA.

G. COSTAS:

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código de Procedimiento Civil (art. 393).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, y “PRESCRIPCIÓN”** propuestas por la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR PASIVA** propuesta por el Municipio de Manizales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la **Resolución No. 01-449 del 16 de Julio de 2012**, proferida por la Secretaria de Educación del Municipio de Manizales.

CUARTO: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** que la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, indexen conforme al IPC la primera mesada pensional de la pensión de jubilación a la demandante señora **IRMA DUQUE GRISALES**, con **C.C. 24.362.696** de Aguadas (Caldas), desde el día **06 de agosto de 2008**.

QUINTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

OCTAVO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Jairo A. Giraldo P.
JAIRO ALEJANDRO GIRALDO PATIÑO
JUEZ